

University of Groningen

Hypotheek en WSNP

Verstijlen, F.M.J.

Published in:
WSNP Periodiek

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. M. J. (2017). Hypotheek en WSNP: een moeizame verhouding. *WSNP Periodiek*, 8(1), 13-22. [04].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

04 - Hypotheek en WSNP: een moeizame verhouding

*Frank Verstijlen**

1. Inleiding

Het hypotheekrecht en de WSNP gaan niet goed samen.¹ Het blijkt moeilijk het uitgangspunt dat de hypotheekhouder een goederenrechtelijke positie heeft, die ook – of: juist! – in gevallen van insolventie moet worden gerespecteerd, te combineren met het doel van de WSNP dat de schulden van de hypotheekgever moeten worden gesaneerd.

Exemplarisch zijn de worstelingen tussen de wetgever, zijn vroegere zelf en de Hoge Raad, die leidden tot de in art. 303 lid 3 en 358 lid 5 Fw gegeven regeling en het tot een dode letter maken ervan in HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7996, NJ 2009/203. De Hoge Raad onttrok de hypothecaire vordering aan het regime van de schuldsaneringsregeling en schiep de mogelijkheid dat de schuldenaar de desbetreffende vordering uit zijn buiten de schuldsaneringsregeling blijvende (privé)inkomsten voldoet en aldus in zijn woning kan blijven wonen.

De schaduwzijde daarvan toonde zich in het recente HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1135, NJ 2016/279, waarin bleek dat het oordeel uit 2009 erin resulteerde dat de schone lei meteen werd 'vervuild' door de (dreigende) restvordering bij het uitwinnen van het hypotheekrecht na het eindigen van de schuldsaneringsregeling.

Is het mogelijk de twee hiervoor geschetste uitgangspunten op een meer bevredigende manier met elkaar te verenigen; en zo ja, is daarvoor een wetswijziging nodig of is dit binnen het bestaande systeem te bewerkstelligen?

2. Het probleem nader in kaart gebracht

2.1 *Waarom is een hypotheekhouder separatist?*

Teneinde de zojuist geformuleerde vraag te beantwoorden ga ik allereerst in op de beide al genoemde uitgangspunten, te beginnen met de ratio voor de positie van de hypotheekhouder in de WSNP. Die wordt bepaald door de goederenrechtelijke aard van zijn recht. Goederenrechtelijke rechten zijn absoluut, niet slechts uit te oefenen tegenover een of meer bepaalde wederpartijen maar tegenover de hele wereld. Waar het hypotheekrecht aan de schuldenaar, diens schuldeisers én diens bewindvoerder kan worden tegengeworpen, bevreedt het niet dat de hypotheekhouder ingevolge art. 299 lid 3 jo. 57 lid 1 Fw zijn recht kan uitoefenen 'alsof er geen schuldsanering was'. Hij heeft op het desbetreffende registergoed – ik spreek hierna, gezien de gevallen die ons hier bezighouden, ook wel kortweg over 'de woning' – een zekerheidsrecht, dat moet verzekeren dat de in die woning besloten liggende waarde hem toekomt op het moment dat de schuldenaar de geseceerde vordering niet voldoet. Die waarde is als het ware geblokkeerd door – 'opgesloten in' – het hypotheekrecht en niet beschikbaar voor andere schuldeisers, in of buiten de schuldsaneringsregeling.

Dat wil niet zeggen dat de schuldsaneringsregeling geen enkel effect heeft op de positie van de hypotheekhouder. Het hypotheekrecht kan wel degelijk door de schuldsaneringsregeling worden geraakt, zoals het ook door het faillissement of de surseance kan

worden geraakt. Zo kan een afkoelingsperiode er gedurende zekere periode aan in de weg staan dat de hypotheekhouder – gelijk andere goederenrechtelijk rechthebbenden – zijn recht uitoefent (art. 313 jo. 63a Fw). En hij kan een termijn gesteld krijgen waarbinnen hij moet executeren (art. 299 lid 3 jo. 58 Fw). Maar die bepalingen laten de kern van het hypotheekrecht onaangetast: de in de woning besloten liggende waarde komt toe aan de hypotheekhouder.

2.2 De *schone lei*

Over de ratio van de ‘schone lei’ kan ik in een tijdschrift genaamd ‘WSNP periodiek’ kort zijn. Het betreft de kern van de WSNP. De schuldenaar moet een nieuwe start kunnen maken – in zijn eigen belang en dat van de maatschappij als zodanig – bevrijd van zijn schuldenlast. Hij dient dan wel aan zekere ingangseisen te voldoen, moet zich gedurende in beginsel drie jaren inspannen zijn schuldeisers zo goed mogelijk te voldoen en zelfs dan is de *schone lei* niet absoluut. De vorderingen van sommige schuldeisers zijn – om verschillende redenen – onttrokken aan de *schone lei*, zoals de studiefinancieringsschuld, vanwege de systematiek van de terugbetalingsregeling in de Wet studiefinanciering 2000 of, in het geval van ‘criminele’ schulden, uit maatschappelijke overwegingen.²

De hypothecaire vordering is een andere uitzondering, waar in art. 358 lid 5 Fw wordt bepaald dat deze van de *schone lei* wordt uitgezonderd indien de rechter ex art. 303 lid 3 Fw heeft bepaald dat, in afwijking van de hoofdregel wél rente is verschuldigd, hetgeen kan indien dat in het belang van de boedel is. Deze regeling is evenwel gegrondvest op de gedachte dat de hypothecaire vordering door de schuldsaneringsregeling wordt getroffen,

hetgeen volgens de onder 1 genoemde arresten niet het geval is.

Uit de wetsgeschiedenis leidt de Hoge Raad af dat de wetgever tot uitgangspunt heeft genomen dat de schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van vorderingen die door pand of hypotheek zijn gedekt, behoudens voor zover die vorderingen niet op de verbonden goederen verhaald kunnen worden. Dat geldt ook voor de *schone lei*. Deze uitzondering is van andere aard dan de eerdergenoemde uitzonderingen op de *schone lei*.

De regeling van art. 303 Fw was geënt op het belang van de boedel; in de benadering van de Hoge Raad ligt het accent meer op het veiligstellen van de positie van de hypotheekhouder, mede in het belang van de schuldenaar en kredietnemers in het algemeen. Het alternatief zou zijn dat de hypotheekhouder genoopt zou zijn gedurende de schuldsanering te executeren of anders een nieuw hypotheekrecht te doen vestigen met alle kosten van dien.³ Maar ook moest worden voorkomen dat de hypothecaire vordering door de *schone lei* zou worden getroffen met als gevolg dat de schuldenaar een onbelaste woning in de schoot zou krijgen geworpen waarvan de waarde niet aan de gezamenlijke schuldeisers ten goede is gekomen.

Maar is ‘het belang van de boedel’ of dat van de hypotheekhouder wel een voldoende reden om voor de door een hypotheekrecht gecureerde vordering een uitzondering te maken op de *schone lei*? Wat het eerste betreft, moet het antwoord ontkennend luiden. Het belang van de boedel is ‘for practical purposes’ niets anders dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁴ Maar de WSNP c.q. de *schone lei* is er juist op gericht dat de schuldeisers hun (rechts)vordering verliezen opdat de schuldenaar – mits hij aan al zijn verplichtingen heeft

voldaan – een nieuwe start kan maken. Gedurende de looptijd worden van hem inspanningen verwacht en moet ook los daarvan worden gewaarborgd dat de boedel zo hoog mogelijk is, maar als alle waarde is gerealiseerd en aan de schuldeisers toegespeeld, prevaleert de schone lei. Met andere woorden, dat de boedel groter is indien een bepaalde schuld van de schone lei wordt uitgezonderd, rechtvaardigt niet om die uitzondering te maken.

Met het belang van de hypotheekhouder is het anders gesteld, vanwege de onder 2.1 behandelde bijzondere positie. Maar wat houdt die bijzondere positie precies in en welk aspect daarvan moet worden beschermd?

3. De hypothecaire vordering en het hypotheekrecht

Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de hypothecaire vordering en het hypotheekrecht. Een deel van het probleem – de kern ervan, zelfs – is dat dit onderscheid onvoldoende wordt gemaakt.

Het hypotheekrecht heeft betrekking op een goed van de schuldenaar. Het is deze goederenrechtelijke aanspraak op de woning, die door eenieder moet worden gerespecteerd en die de WSNP onverlet moet laten. De hypothecaire vordering is een gewone vordering. Zij behelst géén goederenrechtelijke aanspraak. Zij wordt alleen *gesecureerd* door het hypotheekrecht.

Dat het hypotheekrecht door de schuldsaneringsregeling onverlet moet worden gelaten, betekent niet dat de vordering niet door de schuldsanering wordt geraakt. De schuldsanering raakt de vordering wél. De hypotheekhouder kan zijn vordering niet langer op de boedel verhalen, kan geen beslag leggen etc., anders

dan door zijn hypotheekrecht uit te oefenen.⁵ En ingeval na de executie een restantvordering resteert, moet deze gewoon worden ingediend.⁶ En dat is terecht. Ik citeer met instemming Noordam:⁷

“De gedeeltelijke afboeking van (restant) vorderingen wegens onderwaarde is niet meer dan de logische consequentie van (a) het feit dat verwezenlijking van een zekerheidsrecht zijn begrenzing vindt in de markt- c.q. executiewaarde van het onderpand, en (b) het insolventierechtelijke beginsel dat concurrente (rest)schuldvorderingen in insolventiesituaties gelijke behandeling verdienen.”

Er zijn in de parlementaire geschiedenis passages aan te wijzen die de gedachte zouden kunnen doen postvatten dat de hypothecaire vordering *niet* wordt geraakt door de schuldsaneringsregeling. Ze spelen een niet-geringe rol in de beslissing van de Hoge Raad deze vordering buiten de schone lei te houden. Het oorspronkelijk voorgestelde art. 299 lid 3 Fw luidde:

“De schuldsaneringsregeling werkt niet ten aanzien van vorderingen, welke door pand of hypotheek op een goed of goederen zijn gedekt, behoudens voor zover zij niet op die goederen verhaald kunnen worden. De artikelen 57 tot en met 60 zijn van overeenkomstige toepassing.”

In lijn hiermee wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt:⁸

“De schuldsaneringsregeling zal niet werken ten aanzien van vorderingen van separatisten, althans voor zover die vorderingen kunnen worden verhaald op de daartoe verbonden goederen. Dit geldt derhalve voor pand- en hypotheekhouders. [...] Als uitgangspunt in het wetsvoorstel geldt dan ook dat deze schuldeisers, net zoals

in faillissement en surséance van betaling, hun rechten tijdens de schuldsaneringsregeling op de gewone wijze kunnen uitoefenen.”

Zoals de Hoge Raad terecht opmerkt,⁹ ligt in de latere beperking van art. 299 lid 3 Fw tot het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 57-59a Fw geen verandering van inzicht besloten. De wetgever wilde duidelijk maken dat ingeval de bewindvoerder met toepassing van art. 58 Fw verkoopt, de hypotheekhouder via de uitdelingslijst wordt voldaan en aan de verdeelsleutel van art. 349 Fw is onderworpen.

Maar naar ik meen, was die oorspronkelijke bedoeling nooit de hypothecaire vordering geheel aan het regime van de schuldsaneringsregeling te onttrekken. Ik lees dat althans niet in de hiervoor geciteerde passages.¹⁰ Het ‘niet werken’ van de schuldsanering staat in de sleutel van het verhaal op de verbonden goederen, de uitoefening van het pand- of hypotheekrecht, die ‘op de gewone wijze’ moet kunnen geschieden.

Buiten het kader van die uitoefening, verdient die vordering geen bijzondere status. Zij wordt slechts aan de schuldsaneringsregeling onttrokken voor zover zij op het verbonden goed wordt verhaald. Een eventuele restvordering is ‘gewoon’ een in de schuldsaneringsregeling in te dienen vordering, onderworpen aan de schone lei. Maar ook vóór de uitwinning wordt de hypothecaire vordering als zodanig geraakt door de schuldsaneringsregeling. Zij kan niet op de boedel worden verhaald, anders dan door uitoefening van het hypotheekrecht.¹¹

De geciteerde passages moeten dan ook restrictief worden opgevat. Voor de bijzondere status is niet zozeer bepalend of ze *kunnen* worden verhaald op de verbonden goederen, maar

die bijzondere positie geldt ook slechts in het kader van het verhaal op die goederen. Voor een vordering die *kan* worden verhaald op de verbonden goederen, geldt nog steeds dat voor die vordering geen beslag kan worden gelegd op andere tot de boedel behorende goederen. De schuldsaneringsregeling ‘werkt’ ook ten aanzien van de hypothecaire vordering.

4. De wettelijke regeling en de benadering van de Hoge Raad in het licht van dit onderscheid

Het voorgaande brengt met zich dat de wetgever en de Hoge Raad verder gaan dan de aard van het hypotheekrecht rechtvaardigt. De hypothecaire vordering wordt verdergaand uitgezonderd van de schuldsaneringsregeling dan nodig om de uitoefening van het hypotheekrecht veilig te stellen. De wetgever doet dit in art. 358 lid 5 BW door de hypothecaire vordering geheel van de schone lei uit te zonderen, dus ook wat betreft de restvordering indien de woning onvoldoende dekking geeft.¹² Die in 2008 ingevoerde regeling is door de Hoge Raad in HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7996, NJ 2009/203 van haar fundament ontdaan, maar langs andere weg komt hij tot hetzelfde resultaat: waar het bedoelde arrest enige twijfel laat over de vraag of de schone lei ook geldt voor de restvordering,¹³ is sinds HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1135, NJ 2016/279 duidelijk dat dit inderdaad het geval is.¹⁴

Het doel dat de wetgever – denkkelijk geldt hetzelfde voor de Hoge Raad – nastreeft, is alleszins gerechtvaardigd: het mogelijk maken van een arrangement volgens hetwelk de hypotheekhouder afziet van executie zodat de schuldenaar in zijn woning kan blijven wonen, tegen betaling van (een deel van) de termijnbedragen uit het buiten het faillissement

blijvende vermogen. Zo'n arrangement – ik spreek hierna ook wel over 'doorbetalingsarrangement' – vergt dat het hypotheekrecht uit te oefenen blijft. Maar het gekozen middel gaat te ver, voorbij de reikwijdte van de uitoefening van het hypotheekrecht.¹⁵

Het werkt averechts voor zover in de praktijk wordt aangestuurd op executie van het hypotheekrecht op woningen met een onderwaarde om te voorkomen dat de schuldenaar met een restschuld achterblijft.¹⁶

5. Een betere wettelijke regeling?

Een evenwichtiger regeling laat zich denken. De in 2008 in art. 303 en 358 lid 5 neergelegde regeling is niet gelukkig. Zij behelst een uitzondering op de regel dat vanaf het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling geen rente verschuldigd is, indien het de woning van de gefailleerde betreft en het in het belang van de boedel is. Dat vergt wel een beslissing van de rechter.

Men kan zich afvragen of dat laatste wel nodig is of dat het gewoon aan de bewindvoerder en de schuldenaar kan worden overgelaten. Is er een overwaarde dan zal de bewindvoerder sowieso aansturen op het te gelde maken van de woning ex art. 299 lid 3 jo. 58 Fw. Is die er niet dan kan de schuldenaar zelf beoordelen of hij beter af is met het zoeken naar nieuwe woonruimte of met het betalen van een vergoeding – al dan niet ten titel van rente – aan de hypotheekhouder voor zijn bereidheid niet tot executie over te gaan.

Het tweede aspect – de al genoemde uitzondering van de schone lei – is problematischer. Zij vormt een fikse inbreuk op de schone lei en belast de schuldenaar met 'ellende uit het verleden', die de schuldsaneringsregeling juist

moest oplossen. De wetgever had ervoor kunnen kiezen in art. 358 lid 5 Fw de uitzondering van de schone lei te beperken tot de vordering voor zover die uit de opbrengst van de verbonden goederen kan worden voldaan. Dat zou kunnen door een waardebepalings van de woning ten tijde van het verlenen van de schone lei en die schone lei te betrekken op slechts het ongedekte deel van de hypothecaire vordering.¹⁷ Dit vergt wel een taxatie en werkt dus kostenverhogend. Het zou voorts betekenen dat hypotheekhouders niet kunnen profiteren van een latere waardestijging terwijl zij wel worden geraakt door een latere waardedaling; en de vraag oproepen of de verschuldigde rentetermijnen moeten worden teruggebracht naar rato van het gedekte deel. Een simpeler oplossing zou zijn simpelweg te bepalen dat de schone lei zich uitstrekt tot de vordering die resteert nadat de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht heeft geëxecuteerd.¹⁸

De Hoge Raad heeft, zoals gezegd, het tapijt onder de in 2008 ingevoerde regeling vandaan getrokken met zijn oordeel dat de hypothecaire vordering überhaupt niet door de schuldsaneringsregeling wordt geraakt. Maar het staat de wetgever natuurlijk vrij anders te bepalen.

Van een wijziging van de regeling zal het evenwel niet snel komen. De huidige regeling dateert pas uit 2008 en de Hoge Raad heeft het initiatief naar zich toe getrokken. Nu het door de Hoge Raad bereikte resultaat aardig in de buurt komt van wat de wetgever in 2008 beoogde, zal hij weinig animo hebben zich dit onderwerp weer aan te trekken.

6. Wijziging via rechtersrecht?

Is het denkbaar dat zonder wetswijziging een ander resultaat wordt bereikt? Of dwingt de WSNP in haar huidige vorm tot de door de Hoge Raad bereikte conclusie?

Naar ik meen is dit laatste niet het geval. Ik gaf onder 3 al aan dat de daar geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis niet wijzen op het volledig onttrekken van de hypothecaire vordering aan de werking van de schuldsaneringsregeling. De eveneens door de Hoge Raad in het arrest uit 2009 geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis, die specifiek ziet op een doorbetalingsarrangement, wekt sterker die suggestie:¹⁹

“Overigens zij erop gewezen dat in het geval dat de woning waarop hypotheek rust niet in het kader van de toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt verkocht, de uit de geldlening verschuldigde verplichtingen door de schuldenaar tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling moeten worden voldaan. In het systeem van de schuldsaneringsregeling betekent dit dat die schulden zullen moeten worden betaald uit de schuldenaar zelf toekomende, buiten de boedel vallende inkomsten.”

De passage maakt evenwel niet duidelijk waarom dat uit ‘het systeem’ zou voortvloeien. Ik ben geneigd dit als een niet erg doordachte passage te zien, die een te zwakke basis vormt voor een zo fundamentele inbreuk op de doelstelling van de schuldsaneringsregeling. Ik zou de passage veeleer zo lezen dat de wetgever meende dat de schuldsaneringsregeling toelaat dat de schuldenaar de hypotheekhouder voldoet uit zijn buiten de schuldsaneringsregeling blijvende goederen. En ik denk dat dit juist is.

Het is daarvoor niet nodig de hypothecaire vordering geheel aan de schuldsaneringsregeling te onttrekken. Mogelijke bepalingen die problematisch zouden kunnen zijn – art. 303, 306 en 358 Fw, waarover meer hieronder – staan er bij nadere beschouwing niet aan in de weg dat een doorbetalingsarrangement wordt getroffen.

Het zijn deze bepalingen die de Hoge Raad in zijn arrest uit 2009 betreft. Het geheel of althans verdergaand onttrekken van de hypothecaire vordering aan het regime van de WSNP voorkomt dat een doorbetalingsarrangement op de klippen van deze bepalingen loopt, maar dat is dus niet nodig. De prijs van het in vergaande mate vervuilen van de schone lei hoeft niet te worden betaald.

Ik laat de bedoelde bepalingen hieronder de revue passeren.

Art. 303 Fw

Allereerst de bepaling dat na de dag van toepassing van de schuldsaneringsregeling geen rente meer is ‘verschuldigd’. Dit loopt vooruit op de schone lei; voorkomen wordt dat de schuldenaar met deze rente wordt belast.²⁰ De bepaling beschermt de schuldenaar en is, voor zover de strekking samenvalt met de equivalenten bepaling in faillissement, een facet van het fixatiebeginsel,²¹ dat dan weer raakvlakken heeft met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers.

Art. 303 Fw beoogt niet te verhinderen dat de schuldenaar de hypotheekhouder (of wie dan ook) bedragen betaalt opdat deze geen gebruik maakt van hem toekomende rechten, als dat in zijn belang is. Het maakt daarvoor – economisch gezien – niet uit of dat geschiedt ten titel van rente of – wat mij betreft²² –

aflossingen of met de hypotheek verbonden houdende verzekeringspremies. Het effect is hetzelfde of zelfs gunstiger voor de schuldenaar en/of de gezamenlijke schuldeisers.

In dit verband gaan de gedachten uit naar HR 24 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1409, NJ 1995/368 (Klützow en Trijelaar/INB), waar een soortgelijke kwestie in surseance speelde. De Hoge Raad vond goed dat de bewindvoerders eraan meewerkten dat aan de zekerheidsgerechtigde betalingen van rente werden verricht in weerwil van het verbod art. 233 Fw betalingen aan individuele schuldeisers te verrichten. Dat was immers in het belang van de boedel. In casu is de betaling ook in het belang van de boedel én in dat van de schuldenaar.

Art. 306 Fw

Deze bepaling verklaart betalingen door de schuldenaar ten laste van zijn buiten de boedel blijvende goederen nietig. De bepaling beoogt te voorkomen dat de schuldenaar de gelijkheid van schuldeisers doorbreekt.²³ Daargelaten dat de bepaling überhaupt weinig gelukkig is, is het enkele feit dat een schuldeiser een pandrecht of hypotheekrecht heeft *op zichzelf* geen goede reden de hypothecaire vordering aan de regel te onttrekken. Neem het geval dat een pandrecht op een effectenportefeuille is gevestigd. Indien er een onderdekking is, komt zo'n betaling neer op het bevoordelen van de schuldeiser met betrekking tot zijn (concurrente) restantvordering; is er een overwaarde, dan zal de bewindvoerder aansturen op het te gelde maken van de portefeuille.

Waarom is het nodig de door dat pandrecht gecureerde vordering te onttrekken aan art. 306 (of art. 303 of de schone lei)? Mijn antwoord is dat dit niet nodig is; het gaat te

ver. Wanneer we aanknopen bij de ratio van art. 306 Fw – handhaven van de gelijkheid van schuldeisers – is een betaling aan de hypotheekhouder niet problematisch. In de geschetste omstandigheden is het in belang van de boedel dat deze betalingen worden verricht, dat wil zeggen de gezamenlijke schuldeisers worden er beter van.

Zoals het niet bezwaarlijk is dat de curator prefaillissementsschuldeisers voldoet als dat in het belang van de boedel is,²⁴ geldt hetzelfde voor de onderwerpelijke betaling. Een verstoring van de paritas creditorum in eigenlijke zin vindt niet plaats. De betalingen worden gerechtvaardigd door het gegeven dat de wederpartij waarde aan de boedel toevoegt. Bij het leerstuk van de dwangcrediteuren bestaat die uit de bereidheid van het verrichten van leveranties, hoewel die wederpartij daartoe niet verplicht is; bij de onderwerpelijke problematiek is die prestatie het afzien van executie en het aldus in het genot van de schuldenaar laten van de woning.

Art. 358 Fw

Blijft over de schone lei. De Hoge Raad vreesde dat ingeval de schone lei zich zou uitstrekken tot de hypothecaire schuld, de schuldenaar uit de schuldsanering zou kunnen komen met een onbelast pand. Die conclusie dringt zich evenwel niet op.

Allereerst leidt de schone lei er niet toe dat de desbetreffende vordering niet meer bestaat. Zij is 'slechts' niet afdwingbaar, resulteert in een natuurlijke verbintenis. Een hypotheekrecht ter securering van een natuurlijke verbintenis is niet onbestaanbaar.²⁵ De woning zou dus niet onbelast zijn.

Fundamentele en wat mij betreft te prefereren, is de volgende redenering. Art. 299 lid 3 jo. 57 brengt met zich dat de hypotheekhouder zijn recht kan uitoefenen 'alsof er geen schuldsanering was'. Dat betekent dat hij de schuldsanering kan negeren. In het kader van dat verhaal, kan art. 303 Fw hem bijvoorbeeld niet worden tegengeworpen. Hij zal ook de rente die gedurende de schuldsaneringsregeling (los van art. 303 Fw) vervalt, op het verhypotheceerde kunnen verhalen. Waarom zou dat dan anders zijn nadat de schuldsaneringsregeling (met een schone lei) is geëindigd? Art. 57 lid 1 (jo. 299 lid 3) Fw is – het kwam hiervoor onder 2.1 aan de orde – een facet van het absolute karakter van het hypotheekrecht. Dat verklaart waarom het ook gedurende de schuldsaneringsregeling kan worden uitgeoefend. Maar het heeft dat absolute karakter ook *nadat* de schuldsaneringsregeling is geëindigd. Het mag zo zijn dat de verhaalbaarheid van vorderingen in zijn algemeenheid ten einde is gekomen, het hypotheekrecht kan nog steeds worden uitgeoefend 'alsof er geen schuldsanering is geweest'. De hypotheekhouder kan zich voldoen uit de opbrengst, terwijl de restvordering – die (de uitoefening van) het hypotheekrecht te buiten gaat – door de schone lei wordt getroffen.

Het is een interpretatie van 'het systeem' die meer recht doet aan de betrokken belangen. De hypotheekhouder wordt niet van zijn hypotheekrecht beroofd, de schuldenaar niet van zijn schone lei, voor beide partijen is het mogelijk in hun beider belang én dat van de gezamenlijke schuldeisers, een doorbetalingsarrangement te treffen.

De schuldenaar zit niet in de klem van de hypotheekhouder. Na het eindigen van de schuldsaneringsregeling kan hij – net als gedurende de toepassing daarvan – beoordelen of het nog in zijn belang is de lopende

verplichtingen te blijven voldoen. Is het in zijn voordeel alsnog naar andere woonruimte uit te zien, dan kan hij het laten aankomen op executie. Dat zal leiden tot een opbrengst voor de hypotheekhouder – die dan de waarde van zijn onderpand realiseert – en de schuldenaar wordt niet belast met een eventuele restvordering.

7. Conclusie

De verhouding tussen het hypotheekrecht en de WSNP is problematisch, maar niet onoplosbaar. Een regeling die recht doet aan alle betrokken belangen is mogelijk, ook zonder ingrijpen van de wetgever. Of het veel waarschijnlijker is dat de Hoge Raad deze weg bewandelt dan dat de wetgever alsnog – of beter: nogmaals – ingrijpt, weet ik niet, maar titel III laat toe dat de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht behoudt en de schuldenaar zijn schone lei, zonder de noodzaak dat het hypotheekrecht gedurende de schuldsanering wordt geëxecuteerd. Dat vergt wel een omgaan van de Hoge Raad. Maar het zou niet de eerste keer zijn dat de Hoge Raad omgaat in het faillissementsrecht, ook na een relatief korte tijdsperiode. Het zou het recht beter, evenwichtiger maken.

**Prof. mr. dr. F.M.J. Verstijlen is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen, juridisch adviseur, raadsheer-plaatsvervanger en redactievoorzitter van TvI.*

- 1 *Voor het pandrecht geldt niets anders, maar in de praktijk gaat de aandacht vooral uit naar het hypotheekrecht, meer in het bijzonder als het rust op een 'woning onder water'.*
- 2 *Zie art. 299a resp. art. 358 lid 4 Fw.*
- 3 *HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7996, NJ 2009/203 (rov. 3.5.1).*

- 4 Vgl. voor het faillissement mijn proefschrift, *De faillissementscurator*, 1998 p. 80-83.
- 5 Zie art. 299 lid 2 Fw en voor reeds gelegde beslagen art. 301 lid 5 Fw.
- 6 Art. 299 lid 3 jo. 59 Fw.
- 7 Arnoud Noordam, 'Nieuw Iers recht – inspiratie voor sanering hypotheekschulden', WP 2014/03, p. 10.
- 8 Kamerstukken II 1992/93, 22969, 3, p. 17.
- 9 Ik verwijs naar HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7996, NJ 2009/203, rov. 3.4.2.
- 10 Een andere door de Hoge Raad aangebaalde passage biedt meer munitie voor de stelling dat de WSNP hypothecaire vorderingen niet raakt. Ik ga daarop in onder 6.
- 11 Zie art. 299 lid 2 en 301 lid 5 Fw, waarover hiervoor.
- 12 Dat lijkt althans de bedoeling van de wetgever te zijn. Zie NuW, Kamerstukken 2005/06, 29942, 8, p. 5. (Het vloeit niet dwingend voort uit de tekst van de wet.)
- 13 Zie de bespreking van dit arrest in dit blad door A. Noordam, 'Hypotheekschuld en schuldsanering', WP 2010/01, p. 19-25, en dezelfde, 'Boedelverdeling, hypotheek en schuldsanering', WP, 2015/04, p. 9-16 en vgl. weifelender, W.J.G. Smits en C. Vermeulen, *De woning onder water*, TvC 2015-1, p. 10-15, alsmede de conclusie van A.-G. G.R.B. van Peurse van voor het genoemde arrest uit 2016 onder 3.6-3.9. Zie ook Berend Engberts, 'Franka in de wonderde wereld van het schuldsaneringsrecht', WP 2014/03, p. 2-3.
- 14 Het geval was des te sneuer omdat de desbetreffende woning niet eens door de schuldenaar werd bewoond maar door haar voormalige partner.
- 15 Vgl. E. Loesberg in zijn noot onder Hof Amsterdam 21 juni 2007, JOR 2007/159, bevestigd door de Hoge Raad in HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7996, NJ 2009/203 werd bevestigd.
- 16 Arnoud Noordam, 'Boedelverdeling, hypotheek en schuldsanering', WP 2015/04, p. 15-16.
- 17 Vgl. de Amerikaanse 'bifurcation', de splitsing van een door zekerheden gedekte vordering in een gesecureerd deel en een concurrent deel, naar gelang de waarde van het verbonden goed, Zie 11 USC §506(a)(1), waarover recentelijk N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord*, diss. 2016, par. 6.7. De mogelijkheid wordt in de context van de WSNP geopperd door W.J.G. Smits en C. Vermeulen, *De woning onder water*, TvC 2015-1, nt. 20.
- 18 Zie de bespreking van dit arrest in dit blad door Arnoud Noordam, 'Hypotheekschuld en schuldsanering', WP 2010/01, p. 24-25, die toen uitging van geldend recht. Hij maakt t.a.p. ook gewag van de mogelijkheid van splitsing als in de vorige noot bedoeld.
- 19 MvA, Kamerstukken II 1993/94, 22969, 6, p. 12.
- 20 Zie B.J. Engberts, T&C Insolventierecht, art. 303 Fw, aant. 1. Ik laat daar of de wetgever niet beter had kunnen volstaan met niet-verifieerbaarheid van de rentevordering, zoals in het equivalente art. 128 Fw. De gekozen constructie leidt tot constructies met terugwerkende kracht ingeval de schone lei niet wordt verleend en – uitgaande van de tekst van de wet althans – de merkwaardige consequentie dat de schuldenaar die in staat is de betaling van zijn schulden te hervatten ook zonder schone lei van de desbetreffende rentelasten is bevrijd. Zie B.J. Engberts, t.a.p., aant. 2.
- 21 MvT, Bijlagen Handelingen II 1890/91, 100, nr. 3, p. 54. Tegenwoordig ligt dat genuanceerder omdat het fixatiebeginsel buiten het kader van art. 128 Fw soepeler wordt toegepast. Ik verwijs naar mijn noot onder HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1294, NJ 2016/497 (Boele's Scheepswerven en Machinefabriek B.V. i.l. c.s./Van Galen q.q.).

- 22 *Het VTLB-rapport, kenbaar via <http://www.bureauwsnp.nl/binaries/content/assets/wsnp/vtlb/vtlb-rapport-januari-2017.pdf> (geraadpleegd 22 januari 2017) ziet hierin een verboden vermogensopbouw maar het is de vraag of het erg is dat de schuldenaar erin slaagt uit zijn vrij te laten bedrag aan vermogensopbouw te doen (of juist: de onderwaarde vermindert) als het alternatief is dat de schuldenaar – in voorkomende gevallen, indirect, via een hoger vrij te laten bedrag, ook: de boedel – wordt belast met hogere woonlasten.*
- 23 *MvT, Kamerstukken II 1992/93, 3, p. 48.*
- 24 *Zie HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, NJ 1981/640 (Veluwe Nutsbedrijven/Blokland q.q.) en HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2491, NJ 1989/613 (Reco/Staat). In wezen betreft het al*

genoemde HR 24 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1409, NJ 1995/368 (Klützow en Trijzelaar/INB) een soortgelijke kwestie. Zie verder mijn aangehaalde proefschrift, p. 110–113.

- 25 *Zie J.E. Jansen, Tekst & Uitleg D. 20,1,5pr, GROM (te verschijnen). Jansen behandelt het pandrecht, maar voor het hypotheekrecht geldt hetzelfde. De eis van een 'verzuim' (in art. 3:268 BW) om tot executie te geraken, is dan wel een probleem – de schuldenaar van een natuurlijke verbintenis kan niet in verzuim geraken – maar niet per se onoverkomelijk, aldus Jansen. In het kader van de WSNP zou het niet verschuldigd zijn van rente ex art. 303 Fw problematisch kunnen zijn, voor zover de schuldenaar die rente niet zou hebben voldaan.*

05 – Geen ergernissen bij uitwinning van zekerheden

*Ton van Geenhuizen**

1. Inleiding

De prijsdaling op de woningmarkt heeft ertoe geleid dat steeds vaker woningen met onderwaarde moeten worden verkocht. Ondanks de verbeterde marktomstandigheden worden in de saneringspraktijk nog regelmatig woningen met onderwaarde verkocht. Met gemiddeld twee woningen per maand stoorde ik mij steeds vaker aan terugkerende discussies met medewerkers van banken die zich kennelijk niet realiseren wat de positie van de separatist in schuldsaneringsregelingen is. Ik doel hiermee onder andere op discussies over de tekst van de koopovereenkomst, de afrekening van de notaris, waarbij medewerkers van sommige banken steevast menen dat de aan de kopers

van de woning doorberekende zakelijke lasten onder het hypotheekrecht van de bank vallen, en de afwikkeling van de aan de bank verpande spaarpolis. Daarbij komt dat iedere bank voor de situatie waarin een woning verkocht moet worden haar eigen protocol lijkt te hebben.

2. Wel / niet verkopen

De vraag of een woning moet worden verkocht, dient zich al meteen na de toepassing van de schuldsaneringsregeling aan. Van belang zijn daarbij de omvang van de onderwaarde, het inkomen van de schuldenaar en de woonlasten (al dan niet na reductie van een deel van de financiering) bepalend. Daarnaast speelt de wens van de financier en in enkele gevallen ook nog het oordeel van het Waarborgfonds Wonen (NHG) een doorslaggevende rol. Als behoud niet mogelijk blijkt, is de bewindvoerder op grond van de separatistenregeling binnen redelijke grenzen verplicht om aan onderhandse verkoop mee te werken.